

Acórdão: 17.561/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111567-59
Impugnante: Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Ana Paula Bonini Tararam Teixeira/Outros
PTA/AI: 01.000143033-86
Inscr. Estadual: 048.766069.00-38
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatadas vendas de medicamentos, por estabelecimento industrial do Estado do Rio de Janeiro, a contribuinte mineiro sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST, conforme disposto no artigo 237, do Anexo IX, do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada realizou operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido, no período fiscalizado de 01/01/1998 a 31/12/1999. Exige-se ICMS e MR (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 214 a 259, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 412 a 439.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 443 a 455, opina pela procedência do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fl. 458, o qual é cumprido pela Procuradoria de Estado da Fazenda (fls. 460 a 463). Intimada a ter vistas dos autos, a Impugnante se manifesta às fls. 470 a 488. O Fisco se manifesta a respeito (fls. 491 a 492) e a Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls. 495 a 497).

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

Neste PTA a empresa Autuada alega que a Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda (Coobrigada) teve concedido o direito definitivo de não ver recolhido o ICMS por substituição de suas operações, em decisão do REsp. nº 58.512-0 e que não lhe restava outra alternativa senão a de seguir a determinação judicial, visto que arcava com obrigação de outrem, tal como ocorre com o mecanismo de substituição tributária.

O Fisco anexa aos autos cópia do Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual Nilber Andrade onde esta pronuncia-se pela não aplicabilidade do artigo 11 da CLTA/MG e se manifesta pela necessidade do julgamento na esfera administrativa de outros PTA`s em nome da Coobrigada, nos quais a mesma alega idêntico direito de não ver recolhido o ICMS por substituição tributária de suas operações, baseando-se, para tanto, na mesma decisão do REsp. nº 58.512.

A Douta Procuradora expõe claramente a posição já sedimentada do STF que declarou a existência de coisa julgada de decisão proferida em outro processo com as mesmas partes e mesma causa de pedir, decisão esta que foi desfavorável à empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda e esclarece que a empresa Medcall não tem qualquer demanda proferida a seu favor.

Tendo sido dada vista do referido parecer aos sujeitos passivos, apenas a Autuada (Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S.A.) manifesta-se, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a existência de coisa julgada, não cassou a liminar ou julgou a decisão desfavorável para a Medcall, mas sim julgou prejudicado o Agravo que era da Fazenda.

A Fazenda Pública reverteu o julgamento do REsp. 58.512-0, ficando claramente comprovado que não está em vigor qualquer medida impeditiva do procedimento fiscal e que a argumentação em torno de suposta segurança definitiva obtida pela Coobrigada no âmbito judicial é apenas protelatória.

A decisão do STF, ao julgar o Agravo interposto pela Fazenda de Minas Gerais, restaurou a sujeição da Medcall Produtos Farmacêuticos ao regime de substituição tributária aplicável às operações internas e interestaduais com os produtos elencados no Convênio 76/94 e pelo art. 237 do Anexo IX, do RICMS/MG.

Preliminar 2:

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização, ao não demonstrar a constituição dos cálculos do montante do suposto crédito tributário, certamente afrontou o disposto no art. 142 do CTN e comprometeu o trabalho fiscal que não pode prosperar, diante do nítido cerceamento de defesa que lhe foi imputado.

Ocorre, entretanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza da infração, a pessoa do infrator e o montante do crédito tributário.

Além do mais, a citação dos dispositivos infringidos e cominativos da penalidade está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no art. 142 do CTN e nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, foram observados, não tendo procedência a arguição de nulidade do mesmo.

Preliminar 3:

Com relação ao que a Impugnante chama de verdadeiro confisco dos juros de mora não temos o que discutir face à perfeita adequação da imposição fiscal à legislação que regula a matéria, no caso a Lei 6763/75, em seu artigo 226.

Ressalte-se que, no escopo do Auto de Infração, é encontrada a informação de que há exigência de juros de mora, nos termos da Resolução 2.880, de 13/10/1997.

Preliminar 4:

Com relação à taxa SELIC, a Impugnante alega faltar suporte jurídico para a sua aplicação, porém tal taxa encontra-se disciplinada pela Lei Federal 9.250/95 em seu art. 39, §4º, abaixo transcrito, e Lei Federal 9.430/96.

“Art. 39º A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

(...)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado são disciplinados pela Resolução 2.880 de 13 de outubro de 1997, editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais.

DO MÉRITO

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado, regra geral, pelo art. 173 do CTN, que para tanto estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ex vi do disposto em seu inciso I.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, a que alude o art. 150, §4º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, daquele Código.

Examinando a matéria, leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

“A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, §4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código.”

Pois bem, os fatos geradores evidenciados no feito, ocorridos no exercício de 1998, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2004.

Uma vez que o AI fora lavrado em 25/08/2003, e dele devidamente intimadas a Autuada no dia 09/09/2003 (fls. 209) e a coobrigada no dia 04/09/2003 (fls. 206), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Não procede, portanto, a arguição de decadência.

O feito fiscal refere-se à realização, pela autuada Ind. Quím. e Farmacêutica Schering Plough S/A, de operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 15 a 173, anexas ao Auto de Infração.

Estas planilhas contêm a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, margem de comercialização, preço máximo de venda a consumidor, além da base de cálculo do ICMS/ST, alíquota e os valores de imposto devidos pelas operações próprias da autuada e aqueles apurados a título de substituição tributária.

Ainda nas citadas planilhas, os valores mensais que deixaram de ser destacados e, conseqüente recolhidos ao erário mineiro, são apresentados na coluna “diferença ICMS/ST”.

A exigência fiscal está embasada na legislação tributária mineira, mencionada no Auto de Infração, e editada em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94, de 30 de junho de 1994.

A irregularidade praticada pela ora Impugnante consistiu na falta de retenção e recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes operações realizadas pelo contribuinte destinatário estabelecido em Minas Gerais, no caso, Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.

A base de cálculo utilizada pelo fisco para determinar a matéria tributável atende ao disposto no §2º, do artigo 22, da Lei 14.062/01, regulamentado pelo Dec. 42.713, de 26 de junho de 2002 (§1º do art. 1º), que determina que "a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária com medicamentos é o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor final estabelecido no §1º do art. 2º da Portaria nº 37, de 11 de maio de 1992, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento".

A citada Portaria previa no dispositivo acima mencionado que o preço máximo seria calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e seria único em todo o território nacional.

As listagens de preços apresentadas pelo estabelecimento industrial (fls. 186 a 204) permitiram a obtenção da indispensável certeza de que as bases de cálculo do ICMS/ST utilizadas pelo fisco atendem às disposições da Portaria nº 37 do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento pois foram calculadas mediante a divisão do preço estabelecido pelo fabricante por 0,7 (zero vírgula sete).

Deve ser ressaltado que nestas listagens os valores relativos ao Preço Máximo ao Consumidor (11ª coluna: “Unid. Venda Máximo Consumidor”) correspondem à divisão dos preços de fábrica referentes a SP/MG (9ª coluna) por 0,9318 (zero vírgula nove três um oito) e por 0,7 (zero vírgula sete).

A primeira divisão por 0,9318 se prende ao fato de que os preços de fábrica relativos à São Paulo e Minas Gerais, constantes destas planilhas, estão subtraídos da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

parcela resultante do repasse de 6,82%, a título de desconto, do diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino, repasse este obrigatório por força do disposto no §2º, do art. 2º, da Portaria nº 37, de 11/05/92, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, que dispõe:

“Art. 2º

§2º As unidades produtoras e as de comércio atacadista/intermediário repassarão obrigatoriamente às unidades varejistas, o diferencial de ICMS entre o estado de origem e o de destino, bem como colocarão os produtos CIF no destinatário”.

Destarte, a utilização dos valores presentes na coluna “Unid. Venda Máximo Consumidor” destas planilhas, revelou perfeito e adequado à legislação.

O Fisco, embora atendendo às disposições previstas no Dec. 42.713/02 e após encontrar as bases de cálculo do ICMS/ST pela divisão dos preços praticados pelo fabricante por 0,7, procedeu à redução destas em 10%, de forma a atender, como afirma às fls. 13 dos autos, o disposto no parágrafo quarto, da cláusula primeira, do Convênio ICMS 04/95 e art. 239, §3º, do Anexo IX do RICMS.

Revela-se inadequado este proceder fiscal uma vez que, com a edição da Lei 14.062, de 20 de novembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 42.713, de 26 de junho de 2002, a base de cálculo do ICMS/ST com medicamentos a ser adotada passou a ser aquela prevista no §1º, do art. 2º, da Portaria 37/92, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento onde não há menção a qualquer redução na base de cálculo, tal como havia no Convênio ICMS 76/94, alterado pelo Convênio ICMS 04/95.

O abatimento da base de cálculo em 10% deve, entretanto, ser mantido, uma vez que revelou-se mais benéfico ao contribuinte, ficando o Fisco no direito de rever seu posicionamento exigindo, em outro lançamento, a diferença glosada neste feito.

A infringência e a penalidade estão corretamente capituladas no Auto de Infração e, uma vez que a Autuada deixou de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, a multa de revalidação de 50% foi aplicada em dobro consoante o §2º, do art. 56, da Lei 6.763/75.

O art. 29, do RICMS/96, atribui ao destinatário que receber mercadoria sujeita à substituição tributária sem a retenção do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento da parcela devida.

Desta forma, restando clara a inexistência da retenção do imposto pelo remetente da mercadoria (substituto tributário), correta a eleição da empresa mineira Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda para também figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante junta aos autos cópias de vinte e quatro notas fiscais emitidas pela Coobrigada e ressalta que, ainda que não tenha havido o recolhimento antecipado do ICMS por substituição, em virtude da referida decisão judicial, a Impugnante efetuou o destaque do ICMS em operação própria e a Medcall, no momento da venda das mercadorias, destacou o ICMS na nota fiscal de saída, conforme comprovam as referidas notas.

A anexação de tais cópias de documentos fiscais não se presta ao fim pretendido pela Impugnante uma vez que os preços adotados pela Medcall em dezessete notas fiscais são exatamente os mesmos preços fábrica cobrados pela Schering Produtos Químicos e Farmacêuticos nas suas listas de preços em vigor.

Em outras cinco notas fiscais os preços adotados pela Medcall são, em alguns itens, inferiores ao preço fábrica cobrado pela Schering Plough sendo que apenas a Nota Fiscal nº 724105 apresenta preço de venda superior ao preço fábrica da Schering.

As Notas Fiscais Fatura nºs 567990 e 745967 são as únicas da amostra fornecida que foram destinadas para Minas Gerais, as únicas onde não constam a observação “DESOBRIGADO DE SUBST. TRIBUTÁRIA CONF. ACÓRDÃO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Nº 58.512 D.O.U. DE 02.10.95” existente nas demais notas, inclusive as posteriores, e as únicas notas da amostra fornecida que apresentam destaque de ICMS/ST.

Destarte, a anexação de tais notas fiscais não justifica a falta de recolhimento de todo o valor exigido a título de ICMS/ST já que apenas duas notas fiscais apresentam destaque de ICMS/ST sendo que as demais foram destinadas ao estado de São Paulo, estado este que denunciou o Convênio de medicamentos em 1997, de sorte que tais notas não poderiam realmente ter sido emitidas de outra forma, que não com destaque do ICMS devido na operação própria da Medcall.

Ainda que tenha sido uma realidade o procedimento de se debitar e recolher na sistemática comum de débito e crédito os valores originalmente devidos a Minas Gerais a título de ICMS/ST, o fato é que o mesmo terá sido equivocado uma vez que, envolvendo produtos sujeitos à sistemática da Substituição Tributária, terá criado, para os contribuintes em questão, uma sistemática particular de tributação.

Aceitar tal procedimento seria negar a existência do instituto da substituição tributária e suportar as implicações que daí adviriam como, por exemplo, a impossibilidade de se confirmar os índices de agregação aplicados na base de cálculo de entrada para compará-los com aqueles previstos em Regulamento.

Se a empresa mineira (Medcall), frente aos possíveis destaques, entende ter recolhido imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 12/04/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Cássia Adriana Lima Rodrigues
Relatora

CALR/EJ

CC/MG